

A PROTEÇÃO CONTRATUAL NO CÓDIGO DO CONSUMIDOR E O ÂMBITO DE SUA APLICAÇÃO¹

EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR

Juiz Federal, Juiz do TRE/RN, Professor da Universidade Federal do Rio Grande do Norte e mestrando pela UFPE.

1. EVOLUÇÃO DA IDÉIA CONTRATUAL E O DIREITO DO CONSUMIDOR

O contrato, como forma de composição de interesses, é instituído para acompanhar a humanidade desde os mais remotos tempos. No Direito Romano, à época do período quiritário, o mero acordo de vontades de duas ou mais pessoas sobre determinado objeto (*pactum* ou *conventio*), não era suficiente para gerar uma obrigação jurídica, com a possibilidade de sua execução forçada, produzindo, em geral, apenas obrigações naturais. Fazia-se necessário, salvo nos casos de venda, locação, mandato e sociedade, além do acordo de vontades, a observância, na maioria das vezes rígida, de formalidades. As palavras apropriadas (*verba certa*), bem como os gestos simbólicos, previstos nos diversos

¹ Trabalho apresentado por ocasião do Curso de Mestrado - UFPE, na Disciplina de Direito Comercial, ministrada pelo Professor Doutor *Alfredo de Assis Gonçalves Neto*, titular da mesma cadeira na Universidade Federal do Paraná - UFPR.

textos legais, tinham importância fundamental, influenciando na validade das operações efetuadas.

Com o aumento do número dos negócios, decorrente da maior importância do império, ocorrido por volta do período clássico, passou-se à mitigação da rigidez formal, orientação a ser preservada durante as fases pós-clássicas e justinianéia.

Na Idade Média, coube aos canonistas, com relevo a SÃO TOMÁS DE AQUINO, desenvolver importante papel doutrinário na seara contratual. Do Direito Canônico foi lançado sólido alicerce para, séculos mais tarde, irromper o fortalecimento da autonomia da vontade. Pregava-se que a palavra, lançada com consciência, representava obrigação moral, cujo descumprimento se equiparava a pecado.

Responsáveis de forma decisiva para o surgimento da idéia clássica de contrato foram as idéias jusnaturalistas, de grande fastígio na Centúria das Luzes. A acentuada exaltação à liberdade e igualdade entre os homens, acrescida à concepção de contrato como base fundante do Estado, implicou no respeito, já agora como dogma inafastável, da livre manifestação do consentimento.

E, como se não bastasse, a reboque de tudo isso, o liberalismo econômico então dominante propugnava pela livre circulação da riqueza, sem as restrições impostas pelo catolicismo, consistindo o contrato o instrumento hábil para que tal acontecesse. Além da preservação da liberdade de agir do indivíduo, tinha-se como verdadeira crença que a contratação traria espontaneamente um equilíbrio harmônico dos interesses em jogo.

Ao lado do voluntarismo, vicejava, também com grande importância, a regra da força obrigatória dos contratos (*pacta sunt servanda*). Ora, se o homem, igual aos seus pares, é livre para exprimir a sua vontade, obrigando-se; com maior razão, segue-se que, no caso específico, a força geratriz do consentimento tem de preponderar sobre a ordem legal. Prova disso, o art. 1.134 do Código Civil Francês de 1804, principal documento jurídico da época, influenciador de muitos outros, entre os quais o brasileiro de 1917, declarava que o contrato seria lei entre as partes. As

normas estatais, assim, teriam função supletória das disposições de vontade.

Dessa maneira, chegou-se à noção tradicional de contrato como a relação jurídica, formada por duas partes, ambas livres e iguais, a discutirem os seus interesses de cunho notadamente patrimonial.

Passadas algumas décadas, emergiu candente reação ao estado de coisas gerado pela adoção dos postulados iluministas. Voltada à limitação do poder absolutista dos monarcas, a igualdade atomística dos homens, consagrada na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (art. 1º) e no preâmbulo da primeira Constituição Francesa, pecava pela total ausência de correspondência com a realidade. A sua abstração nos documentos de então era puramente formal. Desconhecia, ao revés, o lado substancial, a mostrar que, do ponto de vista econômico, os indivíduos apresentavam grandes diferenças, surgindo daí grande desigualdades.

Em contrapartida, movimentos como o Manifesto Comunista, de 1848, e a Comuna de Paris, de 1871, clamavam bravamente pelo abandono da postura absenteísta do Estado, o qual deveria intervir, com mais intensidade, nas relações econômicas.

Essa situação de flagrante desequilíbrio entre as partes tornou necessária a pronta intervenção estatal, pela via legislativa, para atuar no campo contratual, de sorte a relativizar as tão decantadas autonomia da vontade e obrigatoriedade do contrato. Impôs-se, assim, a acentuada presença dos limites gizados pela ordem pública.

Além da material diferença entre os contratantes, o evoluir do capitalismo, já agora impulsionado pela industrialização, teve como tendência natural, para fins de maior segurança dos seus ganhos, a alteração da forma constitutiva do mercado. Aportou-se na conclusão de que o comerciante, ou industrial, para melhor alcançar os seus objetivos, e ampliar a sua atuação, não mais poderia ficar jungido à modalidade individual. Necessitava unir capitais e personalidades, concentrando-os em grandes empórios societários, representados pelas sociedades por cotas de responsabilidade e sociedades anônimas. Esse capitalismo,

apropriadamente denominado capitalismo de grupo, ganhou ainda maior força com a formação de grupos empresariais.

O fenômeno da crescente concentração de capital, como não poderia ser diferente, implicou em um incremento magistral da produção, ocasionando o surgimento de relações contratuais em massa, dirigidas a universo indeterminável de pessoas. Para a consumação, com êxito, das negociações, ingressa no prosaico mecanismo de publicidade, utilizado para provocar a atenção das pessoas pelos produtos. Lapidar a percepção emanada da pena de JOÃO BOSCO LEOPOLDINO DA FONSECA: *“Um terceiro fator veio contribuir ainda mais fortemente para externalizar os custos e, correspectivamente, internalizar os benefícios. A concentração de empresas levou-as a tal poderio de produção que passaram a efetuar uma produção em massa. Mas essa produção em massa não poderia jamais ser dirigida a pessoas individualizadas. Era preciso, através de um trabalho de marketing, levar o consumidor que fora tido por Smith como um rei, a aceitar maciçamente a massa de produtos que lhe eram oferecidos. Para impedir a discussão quanto aos pormenores do produto (qualidade, quantidade, especificidade, preço etc.), criou-se o contrato de massa, ao qual o consumidor era levado a simplesmente aderir. A grande concentração de empresas veio evidenciar que os poderes privados econômicos que se formaram, passaram a dotar-se de um grande poder de controle social. A concepção de Smith segundo a qual o consumidor seria tido como um rei que determinaria e condicionaria a produção mostrou-se falha, ou pelo menos superada”*².

Esse quadro trouxe à baila uma ordem pública econômica em duplo sentido. A despeito do tradicional (ordem pública de proteção), tendente a privar de validade os atos contrários a seus preceitos, há o moderno, a determinar o modo de se praticarem certas condutas (ordem pública de direção). Interessante, no particular, o comentário de ATÍLIO ANÍBAL ALTERINI, lente titular na Universidade de Buenos Aires: *“Todavia, se distingue uma ordem pública econômica de proteção, tendente a*

² Cláusulas Abusivas, Revista de Direito do Consumidor 16/54.

*resguardar 'a uma das partes, e particularmente ao equilíbrio interno do contrato', e outra de direção, pela qual os poderes públicos se propõem 'realizar certos objetivos econômicos', para os quais, em alguns casos, os atos privados ficam então sujeitos a autorizações estatais, e 'é mister uma apreciação prévia da situação concreta por uma autoridade competente', dando-se a 'aprovação quando o Estado não se opõe ao contrato, mas quer controlá-lo' "*³.

Modifica-se o conceito clássico de contrato, de sorte a que à manifestação do consentimento e à sua força vinculativa seja agregado o objetivo do equilíbrio das partes, através da interferência da ordem pública e da boa-fé. Ao contrato, instrumento outrora de feição individualista, é outorgada também uma função social.

Surge, assim, o Direito do Consumidor como ramo especial, destinado a retificar os abusos da sociedade de consumo, na medida que responsabiliza os fabricantes e intermediários pela qualidade do produto, forçando a pronta intervenção estatal para evitar, ou reduzir os efeitos, da imposição unilateral de cláusulas contratuais (contratos de adesão ou condições gerais dos contratos)⁴ pelos vendedores aos adquirentes da sua produção⁵.

³ Os Contratos de Consumo e as Cláusulas Abusivas, *Revista de Direito do Consumidor* 15/11.

⁴ A nomenclatura contrato de adesão, tributada a SALEILES no ano de 1901, prevaleceu nas doutrinas francesa, italiana, espanhola e portuguesa. Nos países anglo-saxônios, prefere-se a de contratos estandardizados, enquanto que os germânicos denominam-nos de condições gerais do contratos. Pode-se apontar, como *leading case* no seu controle, decisão de tribunal germânico de 1888, ao rejeitar, com fulcro na jurisprudência do monopólio, a validade de cláusula de não indenizar em contrato de transporte fluvial de cargas por a empresa ré exercer a sua atividade de forma monopolizadora. O primeiro preceito legal que regulamentou tal técnica de contratação foi o art. 71 da Lei polaca das obrigações, de 1933, depois vindo a lume os arts. 1.341 e 1.342 do Código Civil Italiano de 1942.

⁵ A proteção do consumidor realça, nos últimos anos, a tendência de apoio à parte mais fraca nas relações negociais, tendo estado presente na lei japonesa de 1968, nas leis sueca de 1973, mexicana e alemã de 1976, francesa de 1978 e austríaca de 1979; em Portugal através da Lei 29/81, bem como nos arts. 81 e 110 de sua Constituição.

2. O CONCEITO DE CONSUMIDOR NO CDC

Penosa a tarefa de definir o que seja consumidor. Desempenhando-a, as diversas legislações seguem conceitos de índole objetiva e subjetiva. De acordo com a primeira vertente, faz-se necessária a existência de uma atividade a ser desenvolvida pelo consumidor, calcada na aquisição de produto ou serviço. Pelo viés subjetivo, pensa-se na qualificação da pessoa que contrata com o comerciante ou prestador de serviços, se profissional ou não.

A Lei nº 8.078/90 perfilhou o critério objetivo, asseverando no seu art. 2º, *caput*: “Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”⁶. É, portanto, a aquisição de bem ou serviço como destinatário final, consistente na retirada do bem de mercado, o sinal delimitador da figura em comento.

Acesa polêmica condiz, no entanto, com a possibilidade do ato de retirada do bem do comércio jurídico ser praticado por profissional, que o adquire para utilizá-lo em sua atividade, da qual advém lucro. A sua solução importa na definição do campo de aplicação do CDC, assunto a ser abordado no item 5 deste trabalho, com destaque para as correntes finalistas e maximalistas.

3. O CDC E OS PRINCÍPIOS RETORES DA TUTELA CONTRATUAL

Rompendo com a tradição do direito privado, de base acentuadamente voluntarista, o CDC propôs uma proteção aos contratantes, centrada em dois planos, respeitantes à: a) formação do contrato; b) execução da avença.

⁶ O Código torna, em mais três oportunidades, a definir o consumidor no parágrafo único do art. 2º (consumidor por equiparação), e nos arts. 17 (relacionado com a responsabilidade extracontratual), e 29 (ao proibir práticas mercantis abusivas).

Almejando a proteção do consumidor na fase pré-contratual, temos, de início, o princípio da transparência⁷. Pressupõe uma maior aproximação entre as partes, a fim de que se obtenha uma relação de consumo mais sincera e leal. Importa na obrigação de informação clara e precisa quanto ao produto a ser vendido e ao conteúdo do negócio.

Objetiva, como expõe CLÁUDIA LIMA MARQUES, *evitar qualquer tipo de lesão ao consumidor, pois sem ter conhecimento do conteúdo do contrato, das obrigações que estará assumindo, poderia vincular-se a obrigações que não pode suportar ou simplesmente não deseja*. De igual modo, *“adquirindo um produto sem ter informações claras e precisas sobre suas qualidades e características pode adquirir um produto que não é adequado ao que pretende ou que não possui as qualidades que o fornecedor afirma ter”*.⁸

Decorre de várias passagens do CDC. Inicialmente, encontra-se no art. 4º, *caput*, ao estatuir a transparência como objetivo a ser, entre outros, perseguido pela Política Nacional das Relações de Consumo.⁹ Ainda no mesmo dispositivo, no inciso IV, é apontado como princípio, ao se prescrever a *educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado*.

Dois dispositivos à frente, no art. 6º, incisos II e III, o CDC consagra a obrigação de informar como direito básico do consumidor. Declara-se, assim, este fazer jus *“a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações”*: Deságua não somente na educação formal, a cargo das escolas públicas e privadas, como na educação informal, a cargo dos fornecedores, em face do aspecto ético do *marketing*,

⁷ *Contratos no Código do Consumidor*, RT, 2ª ed., 1995, p. 207). Mostra ainda a citada autora que a nomenclatura tem sua origem no Direito tedesco (*Transparenzgebot*), onde é empregada em sentido mais restrito (*loc. cit.*, p. 207).

⁸ *Loc. cit.*, p. 207.

⁹ Apesar de no texto legal, por evidente equívoco, grafada *transferência*, a expressão correta é *transparência*, conforme constava dos projetos de lei reunidos pela comissão mista do Congresso Nacional.

procurando-se informar o consumidor a contento com relação às características dos produtos e serviços. Requer, por isso, liame permanente de comunicação entre fornecedores e consumidores, possibilitando a estes acesso às informações sobre produtos e serviços.

Grosso modo, a informação ao consumidor se opera em dois momentos distintos. Ora, precedendo ao contrato (publicidade), ou acompanhando o produto (embalagem, por exemplo), ora no instante da contratação propriamente dita. No intuito de regular o modo de concreção dos informes, complementam os preceitos dos arts. 4º, *caput*, IV, e 6º, II e III, os dos arts. 31 e 46.

O art. 31, relativo às práticas contratuais, e, portanto, aplicável à fase pré-contratual, afirma: *A oferta e a apresentação de produtos e serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentem à saúde e segurança dos consumidores.*

Por aí se vê não requerer a lei qualquer tipo de informação a ser prestada ao consumidor. O rosário de informações, que é meramente enumerativa, em vista da expressão entre outros, deverá ser vazado de forma verdadeira, clara, propiciando fácil entendimento, de maneira precisa, ostensiva (aparente) e em vernáculo, salvo, quanto a este, quando empregar termos não existentes na língua portuguesa. A informação aqui, como medida de cautela, dirige-se ao produto ou serviço.

Por ocasião do ajuste, há a norma do art. 46, dispondo: *Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance.*

Esse dispositivo, que deita a sua procedência no art. 1.341 do *Codice Civile* da Itália de 1942, impõe ao fornecedor o dever de oportunizar informações ao consumidor, antes de ultimado o

contrato, no sentido de conhecer o teor deste, tanto no que diz respeito aos direitos e obrigações das partes quanto às sanções por inadimplemento. Assegura ao consumidor o conhecimento efetivo e prévio do contrato que irá celebrar, vedando-se ao fornecedor inserir no pacto cláusula, de maneira sub-reptícia, sobretudo em caracteres quase ilegíveis, segundo a qual o consumidor declarava estar ciente dos seus termos.

Doutro lado, tenta coibir prática de mercado, bastante arraigada em nosso meio, consistente na utilização de fórmulas assaz complexas, e também pouco visíveis, na determinação das obrigações, sobretudo no que concerne aos deveres do comprador.

A título de punição para o seu descumprimento, o art. 46 priva de eficácia os deveres assumidos pelo consumidor. Abalizado o dizer de NEWTON DE LUCCA: *E vejam que a sanção imposta pela lei é exatamente esta 'os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores', isto é, estamos diante de uma figura de contrato singular que se caracteriza pela sua não vinculação entre as partes. Um contrato que não gera efeitos é um contrato ineficaz e contrato ineficaz não deixa de ser uma contradição nos próprios termos ...*¹⁰

Outro cânon consagrado no CDC, com reflexo na formação dos contratos, é o que recomenda aos contratantes se portarem com boa-fé. De velhas raízes, foi incorporado pelos arts. 1.134 e 1.135 do Código Civil Francês, constando igualmente do §242 do Código Civil Alemão (BGB). No nosso Código Civil, pode-se vislumbrá-lo no art. 85, ao indicar importante norte interpretativo aos negócios jurídicos. Da mesma maneira, já se encontrava, com referência expressa, no art. 131, n.1, do Código Comercial de 1850¹¹. Em 1988, fora transposto ao texto magno quando alude, no art. 3º, I, como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, à constituição de uma sociedade livre, justa e solidária.

¹⁰ A Proteção Contratual no Código de Defesa do Consumidor, *Revista de Direito do Consumidor* 5/78.

¹¹ Sem razão, Nelson Nery Júnior (*Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, Forense Universitária, p. 279) remete a boa-fé aos princípios gerais do direito referidos no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil.

Timbra em exigir que as partes se pautem pelo caminho da lealdade, fazendo com que os contratos, antes de servirem de meio de enriquecimento pelo contratante mais forte, prestem-se como veículo de harmonização dos interesses de ambos pactuantes.

Essa a mensagem do art. 4º, III, da vigente lei do consumidor, ao erigi-lo à condição de princípio a : *harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores.*

De acordo com a realidade negocial hodierna, o dever de boa-fé não somente se impõe durante a execução do pactuado. Assoma, por igual, desde o instante em que as partes entram em tratativas.

Em brilhante estudo, em que eleva a pujança da boa-fé como terapêutica para a abusividade das cláusulas contratuais, Alberto do Amaral Júnior¹², revelando o acerto da opinião acima, anota que, antes mesmo da Lei de 09-12-76, a jurisprudência alemã, às voltas com o mister de legar sentido ao § 242 do Código Civil, estendeu o alcance do princípio da boa-fé também ao estágio de geração do contrato.

Defendendo esse ponto de vista, Atílio Anibal Alterini traça íntima conexão entre a boa-fé e o dever de informar: *A boa fé, nessa etapa, impõe também que o ofertante ponha ao alcance do destinatário da oferta, informação adequada sobre fatos relativos ao contrato que possam ter aptidão de aceitar. Trata-se do denominado dever de informação, que tem manifestações máximas nos contratos de consumo.*¹³

¹² A Boa-Fé e o Controle das Cláusulas Abusivas nas Relações de Consumo, Direito do Consumidor 6/30.

¹³ *Bases para Armar la Teoría General del Contrato en el Derecho Moderno*, Direito do Consumidor 19/13: "La buena fe, en esa etapa, impone también que el oferente ponga al alcance del destinatario de la oferta información adecuada sobre hechos relativos al contrato que puedan tener aptitud para influir sobre su decisión de aceptar. Se trata del denominado deber de información, que tiene manifestaciones máximas en los contratos de consumo".

Assim atuou o CDC, em três oportunidades. De logo, vela pela boa-fé no art. 37 quando proíbe as publicidades enganosa e abusiva. Em segundo lugar, ao igualmente vedar, no seu art. 39, determinadas práticas comerciais que reputa, em tom enunciativo, como abusivas. À derradeira, ao conceber, no seu art. 49, um prazo de reflexão e o conatural direito de arrependimento, protegendo, dessarte, o consumidor das investidas agressivas das vendas a domicílio.

Em linhas gerais, eis o âmbito da boa-fé no que concerne à formação do contrato, o qual, a exemplo dos demais princípios, não é estanque, estando em contato com outros postulados, como, *verbi gratia*, com o da transparência. Mais adiante tornaremos a analisá-lo, com atenção para a execução da avença.

Partindo-se para o cumprimento do obrigado, enxergamos, inicialmente, o princípio da equidade ou do equilíbrio contratual. Predica-se que os direitos e deveres das partes devem estar, reciprocamente, em igualdade de condições, a fim de obter-se a justeza do contrato.

Com isso, procura-se evitar que a onerosidade excessiva de alguns aspectos da avença provoque o empobrecimento de uma das partes, em benefício do injusto aumento da riqueza do outro.

O primeiro caminho para se obter a justiça contratual está indicado no art. 47 do CDC, ao prescrever que as cláusulas contratuais serão interpretadas do modo mais favorável ao consumidor. Inspirado no art. 1.370 do Código Civil da Itália, o dispositivo tem como lastro a atual concepção de isonomia, a privilegiar mais o seu componente substancial do que o seu colorido formal. Serve-lhe de estuque consistente o art. 4º, I, ao reconhecer o consumidor como o lado mais vulnerável do mercado de consumo.

Comentando o dispositivo, impecável a sistematização de NELSON NÉRY JÚNIOR: *Podemos extrair os seguintes princípios específicos da interpretação dos contratos de consumo: a) interpretação é sempre mais favorável ao consumidor; b) deve-se atender mais à intenção das partes do que à literalidade da manifestação de vontade (art. 85, Código Civil); c) a cláusula*

*geral de boa-fé reputa-se ínsita em toda relação jurídica de consumo, ainda que não conste expressamente do instrumento de contrato (arts. 4.º, caput e n.º III, e 51, n.º IV, do CDC); d) havendo cláusula negociada individualmente, prevalecerá sobre as cláusulas estipuladas unilateralmente pelo fornecedor; e) nos contratos de adesão as cláusulas ambíguas ou contraditórias se faz contra stipulatorem, em favor do aderente (consumidor); 1) sempre que possível interpreta-se o contrato de consumo de modo a fazer com que suas cláusulas tenham aplicação, extraindo-se delas um máximo de utilidade (princípio da conservação).*¹⁴

Densa alteração na estrutura tradicional do contrato, imposta pela necessidade do equilíbrio contratual, foi a previsão das cláusulas abusivas, nota marcante do avanço, cada vez mais firme, da ordem pública no controle do conteúdo dos negócios jurídicos.

De denominação cambiante nos ordenamentos inglês (*Unfair Terms*), norte-americano (*unconscionable Contract or Clause*) e germânico (*Generalklausel*, §9º; *Klauselverbote mit Wertungsmöglichkeit*, §10; *Klauselverbote ohne Wertungsmöglichkeit*, §11, todos do AGB-Gesetz de 1976), as cláusulas ditas abusivas (também nominadas por *cláusulas opressivas*, *cláusulas onerosas* ou *cláusulas excessivas*), são aquelas que, de maneira flagrante, desfavorecem a parte mais fraca na relação de consumo, desequilibrando-a. O seu hábitat próprio são os contratos de adesão, mas nada obsta possam igualmente ser encontrados em outros contratos de consumo, de cunho paritário (*contrat de gré à gré*).

Atendendo reclamo da doutrina, o legislador optou por enumeração não exaustiva das cláusulas abusivas. Prova disso está na díade vocabular *entre outras*, inserta no cabeçalho do art. 51 do CDC.

Tem-se, primeiramente, um longo elenco de estipulação que a lei, *sponte propria*, reputa com tal pecha. No entanto, como a enumeração não é taxativa, permite, diante do caso concreto, que outras manifestações de vontade venham a ser assim

¹⁴ *Loc. cit.*, pp. 321-322.

reconhecidas. O art. 51, IV, do CDC, sinal indelével da atuação da boa-fé¹⁵ na execução contratual, pelo seu tipo vago, ao centrar-se nas obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, constitui fecundo oásis onde a função jurisdicional haure inspiração para, na solução das lides que lhe são carreadas, visualizar no mundo dos fatos comportamentos caracterizadores de abuso no contratar, cuja criação, dada à fertilidade do engenho humano no campo obrigacional, tem-se multiplicado sob as mais diversas facetas, sendo escusável a sua não previsão completa pelo legislador.

Para tanto, alvitra ARRUDA ALVIM¹⁶ que o julgador deverá atentar para três pontos essenciais: a) o papel de menor participação na formação contratual do consumidor; b) a verificação se ao consumidor foram fornecidas informações relativas ao conteúdo e objeto contratual, na forma do art. 46 do CDC; c) a consideração de que as garantias contratuais devem ser complementares às legais, não podendo, quanto a estas, significar *un plus*.

A sanção para a presença de cláusula abusiva em negócio jurídico, diz peremptoriamente a lei, é a nulidade. Isso não equivale a dizer ser aplicável aqui o sistema de nulidades do Direito comum (civil e comercial). Absolutamente. O CDC adotou modelo próprio, com os ressaibos peculiares seguintes: a) abandona-se a dicotomia entre nulidade relativa e absoluta, existindo somente nulidade de pleno direito; b) a nulidade deve ser pronunciada judicialmente, quer por provocação do interessado ou de ofício¹⁷; c) a sentença que a reconhece tem natureza desconstitutiva ou constitutiva negativa, embora produza efeitos *ex tunc*; d) cuidando-se de matéria de ordem pública, a declaração de nulidade não é apanhada pela preclusão temporal, podendo ser alegada a qualquer tempo e grau de jurisdição.

¹⁵ Excelente estudo sobre o estreito liame entre a boa-fé e o art. 51, IV, do CDC, nos é ofertado por Alberto do Amaral Júnior (*Loc. cit.*, pp. 27-33).

¹⁶ Cláusulas Abusivas e seu Controle no Direito Brasileiro, *Revista de Direito do Consumidor* 20/43.

¹⁷ Expresso nesse particular Arruda Alvim, *loc. cit.*, p. 42.

A mente pretoriana, sumariou CLÁUDIA LIMA MARQUES,¹⁸ em inúmeras oportunidades, aportou no reconhecimento da invalidade da pactuação negocial munida com cláusulas abusivas, em muitos casos influenciando a elaboração da Lei nº 8.078/90. Podem ser exemplificadas as disposições: a) de exclusão da responsabilidade contratual e extracontratual, salientando que o Superior Tribunal de Justiça, nos termos de sua Súmula 37, assegura o dever de indenizar prejuízos materiais (entrega de produto com falha) e morais (remessa do nome do cliente para o SPC pelo não pagamento enquanto dura o conserto do produto); b) limitativas da obrigação de indenizar, ao prever indenização tarifada, situação bastante ocorrente nos contratos de transporte¹⁹; c) restritivas de obrigações em planos de saúde; d) de perda de valores pagos²⁰; e) influenciadoras do acesso à Justiça, como as que prevêm foro de eleição²¹; f) a cláusula-mandato²²; g) cláusulas atípicas de remuneração, tais como a imposição de remuneração variável ou repetida, ou de imposição unilateral de índice de reajuste; h) de liberação do vínculo pelo fornecedor; i) denominadas de cláusulas-barreira ou cláusulas-surpresa.

Ultimando o princípio do equilíbrio contratual, temos a possibilidade de controle judicial do contrato, o que, a princípio, não seria novidade, tendo em vista a regra da universalidade da jurisdição, contida no art. 5º, XXXV, da CF. A novidade está na possibilidade de controle, manifestado *in abstracto*, pelo Ministério Público (art. 51, §4º, CDC).

¹⁸ *Loc. cit.*, pp. 309-395. Nesse perecuinte estudo, frise-se, a autora não se limita à experiência brasileira, trazendo, em algumas situações, a experiência das cortes estrangeiras. Em algumas dessas situações, a jurisprudência atuara no sentido de informar a posterior elaboração legislativa advinda com o CDC.

¹⁹ Cf. Súmula 161-STF, corroborada pelo REsp 9.787 - RJ (3.ª T., ac. un., rel. Min. Cláudio Santos, DJU de 30-11-92).

²⁰ Interessante decisão também ressaltou a nulidade de cláusula que, malgrado assegurar a devolução de importâncias pagas, prevê a perda, em favor do incorporador, de parte substancial dos valores solvidos pelo compromissário-comprador (STJ, 4ª T., ac. un., REsp 94.640 - DF, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJU de 07-10-96, p. 37.647)

²¹ STJ, 2ª S., ac. un., CC 19.703 - PA, rel. Min. Fontes De Alencar, DJU de 22-09-97, p. 46.321.

²² Súmula 60-STJ: “É nula a obrigação cambial assumida por procurador do mutuário vinculado ao mutuante, no exclusivo interesse deste”.

Em consequência da estipulação abusiva, seguem-se dois princípios que não poderiam aqui ser olvidados, por assinalarem o pioneirismo do CDC. Em primeiro lugar, positivou-se a máxima da revisibilidade dos contratos quando a sua execução importar em onerosidade excessiva para uma das partes. O Direito Comum (civil e comercial) não a acolhia às expensas, tendo a sua aplicação derivado de cediça jurisprudência e doutrina, embasadas na premissa do não locupletamento ilícito e boa-fé, contrapondo à *pacta sunt servanda* a cláusula *rebus sic standibus*. Agora o princípio ganhou o *status* de lei, ao se assegurar, como direito básico do consumidor: “a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas”. Acentue-se que a segunda parte do dispositivo não cogita de abuso ao contratar, mas da aplicação da imprevisão.

Noutro passo, há a conservação do contrato, de maneira que a nulidade de uma cláusula contratual não poderá contaminar todo o pacto. Tal somente poderá ocorrer se a sua falta, malgrado todos os esforços integrativos, provocar, durante a execução do contrato, ônus desmensurado a qualquer das partes (art. 51, §2º). É certo que o art. 153 do Código Civil não é estranho à nulidade parcial. Entretanto, tal é de caráter facultativo, consubstanciando exceção à nulidade total. No CDC, ao inverso, a regra é a nulidade parcial. Somente quanto esta provocar injusto desequilíbrio contratual, dar-se-á a extinção total do negócio.

Prosseguindo, encontramos ainda o postulado da confiança, a coroar a função social do contrato, cuja missão tradicional de servir apenas como instrumento jurídico a respaldar a circulação da riqueza não mais prevalece em sua atualidade. Torna-se preciso, para que a manifestação de vontade do consumidor alcance o fim por este colimado, evitar que a ação dos fornecedores, encorajada à maioria das vezes por forte esquema publicitário, não venha a ocasionar frustração quanto aos anseios do primeiro.

Opera a confiança no intento de garantir ao comprador a adequação do produto e do serviço, evitando riscos e prejuízos

quanto aos bens adquiridos, bem assim assegurando àquele a chance de ressarcimento em face de inexecução contratual.

Tem-se, assim, a responsabilidade pelo fato do produto ou serviço (arts. 12 a 17), a responsabilidade por vício do produto ou serviço (arts. 18 a 25), e a desconsideração da personalidade jurídica do fornecedor em caso de não adimplemento deste (art. 28).

Ainda na confiança, as normas do CDC traduzem um especial modo do fornecedor buscar o cumprimento da prestação principal pelo comprador, qual seja o pagamento. Desse modo, estão interditas as cobranças que exponham o devedor ao ridículo, ou a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça (art. 42), assegurando àquele cobrado em quantia indevida, o direito à restituição do indébito, por valor igual ao dobro do que em excesso pagou. Não esquecer a possibilidade de reclamar-se dano moral por abalo de crédito, na hipótese de descumprimento do art. 43, §§1º a 5º, da Lei nº 8.078/90.

4. O ÂMBITO DE APLICAÇÃO DA TUTELA CONTRATUAL DO CDC

Neste tópico, analisaremos o alcance das normas protetivas do CDC, enfoque que importará no desenvolvimento do conceito de consumidor mencionado, sem maior investigação, linhas retro.

Não há dúvida que o CDC, no art. 2º, perfilhou o critério objetivo, caracterizando o consumidor como destinatário final do produto ou serviço. Porém, surgem dúvidas quanto aos exatos contornos do que se deva entender por destino final. Tal decorre normalmente do simples fato do adquirente do bem ou serviço ser, igualmente, um profissional. Pergunta-se: caso a aquisição venha a ser utilizada a benefício de sua atividade, voltada à obtenção de lucro, a saída do bem ou serviço do mercado tipificaria relação de consumo, disciplinada pelo CDC? A resposta não é fácil, assomando à liça duas correntes doutrinárias.

Primeiramente, há a corrente finalista ou teleológica. Para os seguidores desta, a conceituação *stricto sensu* de consumidor, na

forma moldada pelo art. 2º, *caput*, do CDC, constitui o motivo basilar a justificar a tutela especial, cujo surgimento irrompeu a partir da constatação daquele como a parte mais fraca nas relações do mercado hodierno.

Esse pressuposto consistiria no elemento a discriminar quem merece ou não a proteção legal. O ponto de vista ganha alento com a invocação do art. 4º, I, do CDC, ao reconhecer a vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo.

Em conclusão, a expressão *destinatário final* é de ser interpretada de sorte a significar *destinatário fático e econômico* do bem ou serviço, trate-se de pessoa física ou jurídica. Não é bastante a destinação fática, em que o adquirente, apesar de retirar o bem ou serviço do mercado, poderia utilizá-lo como instrumento de produção. Dessa maneira, o exercício de atividade profissional, produzindo lucro, retiraria o contratante da esfera de incidência do CDC.

O alastramento do universo de aplicação do CDC, dizem os defensores da tese restritiva, acarretaria o desprestígio do fim especial visado pelo legislador, reforçando, em contrapartida, a tutela dos profissionais que, quando eventualmente atuassem como consumidores, possuiriam benesses legais excedentes às do Direito Comum.

A favor desse pensar, podemos, na doutrina nacional, incluir: Fábio Konder Comparato²³, ANTÔNIO HERMAN DE VASCONCELOS e BENJAMIN²⁴, TOSHIO MUKAI²⁵, JOSÉ GERALDO BRITO FILOMENO²⁶ e ALBERTO DO AMARAL JÚNIOR²⁷. Para não me estender em demasia, gostaria, dentre tantos abalizados autores, registrar, em transcrição, a lição de dois deles. O primeiro, em escrito pioneiro sobre a matéria,

²³ A Proteção do Consumidor: Importante Capítulo do Direito Econômico, RDM 15/16, pp. 90-1.

²⁴ O Conceito Jurídico de Consumidor, RT 628, pp. 69-79.

²⁵ Comentários ao Código de Proteção ao Consumidor, Saraiva, 1991, p. 7.

²⁶ Comentários ao Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, Forense Universitária, p. 24.

²⁷ Comentários ao Código de Proteção do Consumidor, Saraiva, 1991, p. 182. A posição logrou ratificação na obra *Proteção ao Consumidor no Contrato de Compra e Venda*, RT, 1993, p. 104.

pronunciou-se: “O consumidor é, pois, de modo geral, aquele que se submete ao poder de controle dos titulares de bens de produção, isto é, os empresários. É claro que todo produtor, em maior ou menor medida, depende por sua vez de outros empresários, como fornecedores de insumos ou financiadores, por exemplo, para exercer a sua atividade produtiva; e, nesse sentido, é também consumidor. Quando se fala, no entanto, em proteção do consumidor quer-se referir ao indivíduo ou grupo de indivíduos, os quais, ainda que empresários, apresentam-se no mercado como simples adquirentes ou usuários de serviços, sem ligação com a sua atividade empresarial própria”²⁸.

Noutro passo, indispensável a leitura das palavras vertidas por ANTÔNIO HERMAN DE VASCONCELOS e BENJAMIN, em lapidar trabalho, produzido antes mesmo da Constituinte de 1988, destacando a defesa do consumidor do vetor da ordem econômica: “Adquirir para transformar ou para revender não é, evidentemente, ato de consumo, no sentido que lhe empresta o Direito do Consumidor. A aquisição que visa a um fim profissional não é ato de consumo na acepção jurídica. *Ato profissional* opõe-se a *ato de consumo*”²⁹.

Nos autores alienígenas, encontramos vasta filiação aos finalistas. GUIDO ALPA³⁰, após noticiar que o termo *consumatore* possui duas acepções diversas, uma interna, mais restritiva, referindo-se ao sujeito que consome bens e frui serviços para a própria sobrevivência, e outra, mais extensa, abarcando quem busca bens ou serviços para qualquer necessidade; confere acerto, para os fins de sua análise, de cunho jurídico, à primeira das concepções. Na França, JEAN CALAIS-AULOY,³¹ ratificando essa posição, afirma que o ato de consumação põe em contato um consumidor com um profissional. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, lente de Coimbra, além de

²⁸ A Proteção do Consumidor: Importante Capítulo do Direito Econômico, *Revista de Direito Mercantil* 15/16, p. 90-1.

²⁹ O Conceito Jurídico de Consumidor, RT 628/73.

³⁰ *Tutela del Consumatore e Controlli sull'Impresa*, pp. 55-6.

³¹ *Droit de la Consomation*, pp. 2-4.

sistematizar, nos planos subjetivo, objetivo e teleológico, os elementos para a definição de consumidor, conclui: “Já se viu que o consumidor é um não profissional ou quem como tal actua, isto é, fora do âmbito de sua atividade profissional. Daí que se conclua que o chamado “consumo intermédio”, em que o utilizador é uma empresa ou um profissional, não é o consumo em sentido jurídico. O consumidor, nesta acepção, é sempre consumidor final”³². Sendo assim, a pessoa jurídica somente poderá ser reputada como consumidor quando não visar ganho financeiro, como as associações e entidades de beneficência.

Contrariamente, os maximalistas enxergam no CDC um diploma mais amplo, dirigido regularmente, genericamente, ao mercado patial. Não deve, portanto, limitar-se a proteger o consumidor não-profissional. Deverá funcionar como código geral retor da sociedade de consumo.

Fundam-se em que a interpretação do art. 2º, caput, do CDC, tem de ser a mais ampla possível, até porque, perfilhando um conceito objetivo, pouca importância representa se o adquirente for ou não profissional, se utiliza ou não o objeto negociado para fins de produção.

A díade destinatário final há de referir-se unicamente à destinação fática, ou seja, à simples retirada do bem de mercado como objeto de venda, nada impedindo a sua utilização como fonte de receita pelo adquirente.

Defensor dessa posição, encontra-se JAMES MARINS.³³ Remata: “Desta forma, nos contratos interempresariais de qualquer modalidade (*know-how*, *franchising*, *factoring*, *engineering*, sociedade, consórcio, locação comercial, seguro etc.), convolados entre empresas de qualquer espécie, industriais, prestadoras de serviços ou comerciais, ainda que não haja destinação final ou relação de consumo, bem como nos contratos bancários interempresariais, firmados entre instituições

³² *Os Direitos dos Consumidores*, p. 215.

³³ Proteção Contratual do CDC a Contratos Interempresariais, inclusive Bancários, *Revista de Direito do Consumidor*, 18, pp. 94-103.

financeiras e empresas (depósito, câmbio, desconto, mútuo, conta corrente, *leasing* etc.), uma vez que presente a abusividade de seus termos, pode-se invocar a plena aplicação do Código de Proteção do Consumidor, com fundamento na extensão preconizada por seu art. 29, como forma de escoimar-se a abusividade contratual, sob pena de em assim não se entendendo admitir-se, além de manifesto desprezo à norma federal clara e indubitosa, velada conspiração contra nosso Estado de Direito, entendido em sua mais alta expressão”³⁴.

O Superior Tribunal de Justiça parece haver consagrado a teoria maximalista através do seguinte julgado: *Código De Defesa do Consumidor. Bancos. Cláusula penal. Limitação em 10%*. 1. Os bancos, como prestadores de serviços especialmente contemplados no art. 3, § 2.º, estão submetidos às disposições do Código de Defesa do Consumidor. A circunstância de o usuário dispor do bem recebido através da operação bancária, transferindo-o a terceiros, em pagamento de outros bens ou serviços, não o descaracteriza como consumidor final dos serviços prestado pelo banco. 2. A limitação da cláusula penal em 10% já era do nosso sistema (Decreto nº 22.926/33), e tem sido usada pela jurisprudência quando da aplicação da regra do art. 924 do CC, o que mostra o acerto da regrado do art. 52, § 1º do CODECON, que se aplica aos casos de mora, nos contratos bancários. Recurso não conhecido”³⁵.

No Direito Comparado, a tese dos finalistas foi acolhida pela lei sueca de proteção ao consumidor de 1973, ao definir este como a “pessoa privada (abrange então a pessoa jurídica) que compra de um comerciante uma mercadoria, principalmente destinada ao seu uso privado e que é vendida no âmbito da atividade profissional do comerciante” (art. 1.º). Idem a mexicana de 1976, ao defini-lo como aquele que “...contrata, para sua utilização, a aquisição, uso ou desfrute, de bens ou a prestação de um serviço”. A Lei nº 78-

³⁴ Proteção Contratual do CDC a Contratos Interempresariais, Inclusive Bancários, *Revista de Direito do Consumidor* 18/104.

³⁵ STJ, 4.ª Turma, REsp 57.974-RS, v.u., Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ de 29-05-95, p. 15.524.

23, de 10-1-78, da França, limitava a proteção contra cláusulas abusivas nas relações entre profissional e não profissional, embora a jurisprudência a estendesse aos contratos entre dois profissionais. O direito positivo alemão de 1976, apesar de permitir a sua aplicação às contratações entre dois profissionais, restringiu-a à disposição geral proibitória de cláusulas abusivas violadoras da boa-fé, muito embora os tribunais tedescos estendessem a tutela específica amplamente ao contratos entre dois empresários.

No meio da contenda, atenção especial é dispensável à exposição gizada por CLÁUDIA LIMA MARQUES³⁶. Esta autora, ao depois de aceitar a concepção finalista, entendendo que a tutela contratual só é aplicável ao consumidor em sentido estrito, amplia o campo teleológico de sua exegese, pondo em destaque que o CDC veio atender aos reclamos da moderna concepção de contrato.

À consideração de que o maior anelo do novo direito dos contratos está centrado na equidade contratual, advoga que o emprego do CDC não poderá ficar inerte quando se apresentar diante de situação em um contrato que, embora celebrado entre dois profissionais, um destes se encontra em situação de vulnerabilidade frente ao outro. Essa vulnerabilidade poderá ser técnica, jurídica (científica) ou fática (econômica), e, nada obstante a sua não presunção frente aos profissionais e pessoas jurídicas que atuam com fim lucrativo, nada impede que, no caso concreto, possa ser reconhecida pelo Judiciário.

A idéia de proteção, derivada de circunstâncias forte-fraco - experto-leigo, como a *ratio legis* da legislação de consumo também não passou despercebida por ATÍLIO ANÍBAL ALTERINI³⁷. Igualmente, ALBERTO AMARAL JÚNIOR, mesmo confirmando, em trabalho posterior, a sua preferência pela acepção restritiva, sugere, em tom de mitigação, que o melhor caminho seja “a elaboração de um conceito geral aplicável

³⁶ *Loc. cit.*, pp. 105-7.

³⁷ Os Contratos de Consumo e as Cláusulas Abusivas, Revista de Direito do Consumidor 15, p. 11.

a toda e qualquer relação de consumo, permitindo-se às diferentes leis que tratam da matéria efetuar as devidas adaptações, segundo os limites que aquela venha a estabelecer”³⁸ Na mesma ótica, GUIDO ALPA assevera: “A definição restritiva tende de fato a ampliar-se necessariamente, para compreender sempre um número mais alto de relações, logo que a classificação das necessidades mude com o mudar das condições de vida”³⁹.

Por aí consumidor seria, em regra, aquele que adquire, para uso privado, bem ou serviço de fornecedor, adotando-se, de conseguinte, a teoria finalista. Sem prejuízo disso, não se pode perder de vista quem, apesar de atuar com profissionalidade, contrata com agente econômico em condição de vulnerabilidade. Impõe-se, no caso concreto, alargar-se a visão restrita do art. 2º, caput, do CDC. Para esse fim, tal dispositivo deve conjugar-se harmoniosamente com o princípio do art. 4º, I, do referido conjunto legal - dispositivo também invocado pelos finalistas - , resultando a figura do consumidor por equiparação, de sorte a que se possibilite ao contratante, mesmo profissional, valer-se da tutela especial em estudo.

Analisando essas três orientações, manifesto minha preferência pelo ecletismo da última. Mesmo assim, oponho-lhe reserva, voltada para uma maior amplitude de movimentação de algumas partes do texto do CDC.

Esse diploma, além de atender a reclamo imposto pela *nouvelle vague* gerada pelo capitalismo de massa, teve o mérito, indiscutível aliás, de positivar pilastras basilares do arquétipo contratual, reconhecidas, entre nós, doutrinária e jurisprudencialmente, cujo itinerário formativo pervagou larga evolução histórica.

Com o CDC, foram transplantados para o texto legislativo máximas como a da boa-fé (art. 4º, III), a revisão do pactuado quando presentes prestações desproporcionais, ou a fenômeno da

³⁸ *Proteção do Consumidor no Contrato de Compra e Venda*, p. 105.

³⁹ *Loc. cit.*, p. 56: “La definizione restritiva tende infatti necessariamente ad ampliarsi, a comprendere sempre un numero più alto di rapporti, via via che la classificazione dei bisogni muta com il mutare delle condizioini di vita”.

imprevisão (art. 6º, V)⁴⁰, as cláusulas abusivas quando permitam o enriquecimento ilícito (art. 51, II, IV, X e XIII), cuja proscrição constitui preocupação de milênios. Essas normas, ultrapassando os lindes das meras regras de condutas, aportam na condição de princípios retores da conduta contratual.

Na qualidade de verdadeiros princípios, a sua força cogente independe de sua consagração em obra do legislador. Por outro lado, a sua recepção em texto legal não lhe acarreta a perda do valor de fonte principal do direito, com as funções de fundamento, interpretação e integração do ordenamento. A conversão em lei, antes de degradá-los, tem o condão de reavivar a sua existência, a fim de que não sejam esquecidos pelos agentes incumbidos da concreção dos fins da ordem jurídico-econômica.

Com isso, penso que a boa-fé, a revisão contratual⁴¹, e o não locupletamento ilícito, ao serem expressamente lembrados, não perdem o seu caráter principiológico, que lhe conduz à generalidade. Não posso perder de vista o que diz JESUS GONZALEZ PEREZ, ao enfatizar a largueza do cânon da boa-fé, consagrado no artículo 7, apartado 1, do Código Civil de Espanha, com a reforma de 1974: “Se o princípio jurídico existe independentemente de ser recepcionado por uma norma legal, sua consagração legislativa não supõe a perda daquele caráter. Quando um princípio se positiva, não perde sua natureza principal, não se produz uma transformação de essência normativa que transforma um princípio geral em parte da Lei; continuará sendo princípio geral de Direito e também norma jurídica de aplicação imediata, e não só à falta de lei ou de costume . Assim tem firmado o Tribunal Supremo (v. gr., sentença de 6 de julho de 1981) e o Constitucional (sentença 18/1981, de 8 de junho). [...] Não existe conversão. Os princípios continuam sendo princípios,

⁴⁰ Preceito específico existia tão-só com relação às locações (art. 31, Dec. 24.150, de 20-04-34).

⁴¹ Esta, desde o Século XXIII a. C., fora prevista pelo Código de Hamurabi, cujo art. 48 expressava: “*Se um homem livre tem sobre si uma dívida e o seu campo foi inundado, ou a torrente carregou ou por falta de água não cresceu no campo; naquele ano ele não dará grão a seu credor, ele anulará o seu contrato e não pagará os juros daquele ano*” (João Batista de Souza Lima, *As Mais Antigas Normas de Direito*, 2 ed., Rio de Janeiro, Forense, 1983, p. 8).

ainda que sejam previstos em uma lei ou se consagrem como direito fundamental”⁴².

Os imperativos que governam a ordem jurídica, tendentes à purificação das condutas extrapoladoras do exercício normal dos direitos, quer seja praticado pelo mais forte economicamente ou não, não concebem que tais princípios, plasmados no CDC, fiquem custodiados dentro de encerro legal. O enriquecimento ilícito, por sua vez, deve ser banido mesmo naqueles contratos celebrados entre pessoas equiparadas substancialmente.

A técnica de produção legislativa contemporânea, vazada em microsistemas, em substituição à idéia da codificação, predominante no século XIX, deveu-se à necessidade de maior rapidez na elaboração das regras de convivências frente à transformação, cada vez mais freqüente e célere, do comportamento social. Em nenhum momento, procurou compartimentar de modo estanque o campo de aplicação de normas jurídicas, principalmente no particular de algumas delas que possuem o atributo de generalidade.

Não posso, assim, desconhecer a possibilidade, pela alça do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, de incidência de parte do CDC, veiculador de princípios gerais do direito, cristalizados na consciência dos povos desde tempos imemoriais, pelo só fato daquele ser diploma específico. Impossível olvidar também que o alcance de uma norma jurídica mais vale pelo seu conteúdo do que pela natureza do estatuto que a contém. A acolhida desse pensar parece haver se materializado no REsp 90.366, relatado pelo Min. VICENTE CERNICCHIARO, cuja ementa está transcrita no tópico seguinte.

⁴² *El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo*, 1989, p. 59: “Si el principio jurídico existe con independencia de que haya sido acogido en una norma legal, su consagración legislativa no supone que pierda aquel carácter. Cuando un principio se positivava, no pierde su carácter principal, no se produce una transformación de esencia normativa que transforma un principio general en parte de la Ley; seguirá siendo principio general de Derecho y también norma jurídica de aplicación inmediata y no sólo en defecto de ley o de costumbre. Así lo ha señalado el Tribunal Supremo (v. gr., sentencia de 6 de julio de 1981) y el Constitucional (sentencia 18/1981, de 8 de junio). [...] No existe conversión. Los principios siguen siendo principios aunque se recojan en una Ley o se consagren como derecho fundamental”.

Em contrapartida, vislumbro no CDC, melhor dizendo, na sua maior parte, a especificação de disposições cuja aplicabilidade somente tem sentido com relação àquele que se possa designar de consumidor. Assim, por exemplo, não teria sentido em compra e venda de imóveis entre particulares adotar-se, à guisa de cláusula penal, o limite previsto na novel redação do art. 52, § 1º, da Lei nº 8.078/90.

Minha posição, longe de provocar o desprestígio dos comandos tutelares da atividade do consumidor, importará, inclusive em benefício destes, numa maior sedimentação, nas gerações pósteras, das bússolas norteadoras da cultura jurídica. Enfatizando o grandioso papel dos princípios, aportar-se-á, quanto aos pertinentes à província contratual, em algo mais que a sua mera eficácia (possibilidade de produção de efeitos jurídicos), mas na sua efetividade (eficácia social), materializada na íntima aproximação entre o dever-ser normativo e a aceitação da sociedade.

5. ALGUMAS EXPERIÊNCIAS VIVENCIADAS PELO CDC

Neste ponto, cabe-nos apontar, a *vol d'oiseau*, pena de se alongar indevidamente o objetivo deste estudo, exemplos de aplicação prática do novel CDC a determinadas relações do fértil terreno da contratação.

Principiamos pelo setor das contratações bancárias. Nessa rica fração da economia capitalista, formaram-se, a partir do desenvolvimento dos fundamentos delineadores do instituto jurídico do consumo, três posições doutrinárias.

Em primeiro lugar, manifestou-se ARNOLDO WALD,⁴³ descaracterizando o mútuo como forma de aquisição de produto, para limitar o CDC, no campo financeiro, a determinados serviços que caracterizem obrigações de fazer ou não, como a guarda de

⁴³ O Direito do Consumidor e suas Repercussões em Relação às Instituições Financeiras, RT 666, pp. 7-17.

bens ou documentos e semelhantes, excluindo-se as obrigações de dar.

Para campo diametralmente oposto, volta-se JAMES MARINS,⁴⁴ ressaltando que todos os contratos bancários, incluindo-se até mesmo os de risco, estão sujeitos às normas de defesa do consumidor.

Posição intermediária foi a escolhida por LUIZ RODRIGUES WAMBIER.⁴⁵ Este autor, demais de não pôr em dúvida o caráter de consumo dos serviços bancários consistentes em prestações de fazer ou não fazer, em face do art. 3º da Lei nº 8.078/90, sugeriu divisor de águas quanto ao contrato de mútuo. Frisou que o mútuo somente é capaz de corporificar relação de consumo quando o tomador dos recursos for o próprio consumidor. Tal se desnaturaria quando aquele emprega a quantia para novamente emprestá-la a terceiros. Considera, todavia, que, caso o mutuário empregue o valor recebido em atividade própria, que poderá ser tanto de produção como de consumo, o contrato firmado com a instituição financeira não se evadirá dos dispositivos do CDC.

Penso que a razão está com esse último, porquanto uma empresa de *factoring* que adquire recursos de banco, a juros elevados, para, no exercício de sua atividade, repassá-los a terceiros, que suportarão maior carga de ônus, não poderá se valer do CDC contra o banco, até porque estará agindo, de maneira consciente, em prol da abusividade contratual e, por isso, não poderia auferir benesses com a própria torpeza. Já aquele a quem as importâncias são repassadas para fins de utilizar o dinheiro em benefício próprio, poderá invocar a legislação especial.

A jurisprudência vem se pronunciando favorável a considerar como de consumo a pactuação bancária de dar, por empréstimo, dinheiro a terceiro, quer este utilize do bem para fim privado ou o empregue em sua atividade comercial, conforme visto no citado

⁴⁴ *Loc. cit.*, pp. 103-4.

⁴⁵ Os contratos bancários e o Código de Defesa do Consumidor, Direito do Consumidor 18, pp. 125-132.

REsp 57.974 - RS⁴⁶, enquadrando tal atividade como serviço. Por aí todas operações que envolvem mutuação de dinheiro, qualquer que seja a sua nomenclatura (abertura de crédito, financiamento de compras mediante cartão, etc.), está abrangida pelo CDC⁴⁷.

Outro ponto de resistência ao CDC consistiu no inerente aos contratos imobiliários, os quais podem importar na alienação de imóveis ou na mera cessão remunerada de sua posse⁴⁸. No primeiro caso, chama-se a atenção à incorporação imobiliária, considerada como a promoção ou realização de construções, para a venda total ou parcial, de edificações ou conjunto de edificações compostas de unidades autônomas (art. 28, parágrafo único, Lei nº 4.591/64). A operatividade do CDC logrou o reconhecimento dos pretórios em esclarecedora decisão da 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça no REsp 80.036 - SP⁴⁹, na qual o ilustre relator, Min. RUY ROSADO DE AGUIAR, asseverou que, a despeito da observância do regramento específico, o incorporador não poderá deixar à margem o sistema civil de proteção contratual contido na Lei nº 8.078/90. A mesma sorte segue aquele que, mesmo não sendo construtor, negociar, com habitualidade, imóveis.

⁴⁶ Em preciso trecho de seu voto, disse S. Exa.: *“O recorrente, como instituição bancária, está submetido às disposições do Código de Defesa do Consumidor, não porque ele seja fornecedor de um produto, mas porque presta um serviço consumido pelo cliente, que é o consumidor final desses serviços, e seus direitos devem ser igualmente protegidos como o de qualquer outro, especialmente porque nas relações bancárias há difusa utilização de contratos de massa e onde, com mais evidência, surge a desigualdade de forças e a vulnerabilidade do usuário”*.

⁴⁷ Os casos concretos nos fornecem uma amostra dessa proteção, ora no campo processual, em virtude da outorga de prerrogativas processuais, representada pela inversão do ônus da prova (STJ, 4ª T., AGA 49.124- RS, ac. un., rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJU de 31-10-94, p. 29.505), ou de molde a permitir o controle de suas atividades pelo Ministério Público (STJ, 5ª T., ac. un., HC 5.287 - DF, rel. Min. Edson Vidigal, DJU de 05-05-97, p. 17.062), ora sob o aspecto material, no que concerne ao modo de fixação da taxa de encargos financeiros (STJ, 4ª T., ac. un., REsp 47.146-SC, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJU de 06-02-95, p. 1.358; 4ª T., ac. un., REsp 50.478 - SC, rel. Min. Fontes de Alencar, DJU de 12-12-94, p. 34.352) e à cláusula-mandato (Súmula 60-STJ).

⁴⁸ Sobre a abusividade contratual no mercado imobiliário conferir excelente artigo de Alcides Tomasetti Jr. (Aspectos da Proteção do Consumidor no Mercado Imobiliário Urbano. Rejeição das Cláusulas Abusivas pelo Direito Comum, Direito do Consumidor 2, p. 53-66).

⁴⁹ Ac. un., DJU de 25-03-96, p. 8.586. No mesmo sentido: 3ª T., REsp 59.494 - SP, ac. un., rel. Min. Waldemar Zveiter, DJU de 01-07-96, p. 24.048; 4ª T., REsp 74.448 - SP, ac. un., rel. Min. Sálvio de Figueiredo, DJU de 04-11-96, p. 42.478.

No particular do contrato de locação, defende CLÁUDIA LIMA MARQUES⁵⁰, à luz da relevância social da habitação para o locatário e sua família, a aplicação do CDC no campo residencial, excluída no tocante ao âmbito comercial. No mesmo sentido, ANTÔNIO HERMAN DE VASCONCELOS E BENJAMIN⁵¹

Em trabalho específico, SÍLVIO DE SALVO VENOSA⁵² defende, arrimado no art. 29 do CDC, uma ampla aplicação deste nas relações *ex locato* regidas pela Lei nº 8.245/91, quer firmadas perante fornecedor ou não. Alude ainda que tanto o CDC como a Lei nº 8.245/91 buscam proteger o contratante mais fraco, crendo que o locatário, quer se encontre na definição de consumidor do art. 2º, ou do art. 29, fará jus ao benefício que lhe proporciona o primeiro dos diplomas.

Nos tribunais, a solução, pelo menos a nível de uniformização, a cargo do Superior Tribunal de Justiça, não é pacífica. A favor da incidência do CDC, como norma destinada a socorrer a parte mais frágil, há a deliberação no REsp 90.366 - MG: “Civil - Locação - Benfeitoria Necessária - Código De Defesa Do Consumidor - A Benfeitoria Necessária É Indenizável. O Código de Defesa do Consumidor veio amparar a parte mais fraca nas relações jurídicas. Nenhuma decisão judicial pode amparar o enriquecimento sem justa causa. Toda decisão há de ser justa”⁵³. Contrariamente, em julgado anterior, mas também recente, decidiu-se no REsp 38.274 - SP: locação - retenção por benfeitorias - código do consumidor - Lei nº 8.070/90. inaplicabilidade. 1. Não é nula cláusula contratual de renúncia ao direito de retenção ou indenização por benfeitorias. 2. Não se aplica às locações prediais urbanas reguladas pela Lei nº 8.245/91, o Código do Consumidor. 3. Recurso não conhecido”⁵⁴.

⁵⁰ *Loc. cit.*, pp. 119-121.

⁵¹ Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, Forense Universitária, p. 251.

⁵² Reflexões sobre a Lei do Inquilinato e o Código de Defesa do Consumidor, Direito do Consumidor 13, pp. 19/26.

⁵³ STJ, 6ª T., ac. un., rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, DJU de 02-06-97, p. 23.866.

⁵⁴ STJ, 5ª, ac. un., rel. Min. Edson Vidigal, DJU de 22-05-95, p. 14425.

Não vislumbro incompatibilidade não contornável entre o CDC e a Lei nº 8.245/91. O primeiro conjunto normativo ostenta caráter geral e, por força do art. 2º, § 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil, não é, a princípio, suscetível de revogação por lei especial posterior, podendo ambas coexistirem harmonicamente.

No particular da locação não-residencial, também não afasto, de pronto, a possível incidência do CDC, ora nas situações em que o locatário, apesar de comerciante ou profissional, apresentar-se vulnerável, ora quando se cuidar dos dispositivos veiculadores da obrigação geral de boa-fé, do não enriquecimento ilícito e da modificabilidade das condições do pacto.

Quanto aos serviços públicos remunerados sob a forma de preço público o CDC expressamente os inclui no seu campo de ação. Isso se verifica tanto do conceito de serviço, obtido a contar do seu art. 3º, §2º, como da redação do seu art. 22: “Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos”.

Reconhecimento incontestável consta, às expensas, na Lei nº 8.987, de 13-02-95, primeira lei brasileira sobre concessão e permissão de serviço público, no instante em que, no escopo de enumerar os direitos dos usuários, enuncia, no pórtico do seu art. 7º, a ressalva “sem prejuízo do disposto na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990”.

Dentre os vários serviços públicos, não se duvida da caracterização, como relação de consumo, do contrato de ensino, quando este é ministrado por instituição particular, mediante delegação estatal. Tal resulta de letra legal expressa: “Nos casos de celebração de contratos de prestação de serviços educacionais, os mesmos deverão obedecer o disposto na Lei nº 8.078/90, de 11 de setembro de 1990 - Código de Defesa do Consumidor” (art. 3º, Lei nº 8.170/90). Dessa maneira, os colégios particulares estão defesos de persistir na prática de condutas contrárias à boa-fé,

bem como posturas abusivas na cobrança de mensalidades e na fixação dos quantitativos destas⁵⁵.

Em muitas passagens, a jurisprudência reconhece a ministração não gratuita de saber como relação de consumo, ora quando admite a ação fiscalizadora das entidades de defesa do consumidor⁵⁶, como quando entendeu o Ministério Público parte legítima para representar, em juízo, os interesses coletivos dos pais e alunos de determinados estabelecimentos escolares⁵⁷. Sem embargos desses precedentes, o reconhecimento maior do ensino pago como objeto de consumo está na seguinte passagem do luzido voto do Min. MOREIRA ALVES na ADIN 319: *Em face da atual Constituição, para conciliar o fundamento da livre iniciativa e o princípio da livre concorrência com os da defesa do consumidor e da redução das desigualdades sociais, em conformidade com os ditames da justiça social, pode o Estado, por via legislativa, regular a política de preços de bens e de serviços abusivos, que é o poder econômico que visa ao aumento arbitrário dos lucros. Não é, pois, inconstitucional a Lei n.º 8.039, de 30 de maio de 1990, pelo só fato de ela dispor sobre critérios de reajuste das mensalidades das escolas particulares.*⁵⁸

No tocante ao enquadramento do contrato de transporte (também serviço público objeto de concessão ou permissão) com o CDC, mister ponderar a necessidade de sua divisão entre a trasladação de pessoas e de coisas. No primeiro caso, sem maiores controvérsias, forçosa a sua vinculação como relação de consumo⁵⁹.

⁵⁵ Interessante a leitura de Denise M. D. Oliva e Marcelo Victória de Freitas (Contratos de Prestação de Serviços Educacionais: Consumidor e Educador Buscando, em Conjunto, uma Leitura Jurídica da Questão, *Revista de Direito do Consumidor* 14, pp. 72-87).

⁵⁶ STJ, 1ª T., ac. un., REsp 29.317 - SP, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJU de 28-02-94, p. 2.969.

⁵⁷ STJ, 4ª T., ac. un., REsp 68.141 - RO, rel. Min. Barros Monteiro, DJU de 23-10-95, p. 35.681; 3ª T., ac. un., REsp 108.577 - PI, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJU de 26-05-97, p. 22.532; 2ª T., ac. un., REsp 33.897 - MG, rel. Min. Hélio Mosimann, DJU de 05-08-96, p. 26.332.

⁵⁸ RTJ 149/666.

⁵⁹ Muito embora o Superior Tribunal de Justiça (3ª T., ac. un., REsp 58.736 - MG, rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJU de 29-04-96, p. 13.413), no tocante ao contrato de transporte aéreo

No transporte de cargas, a aplicabilidade do CDC se reserva às hipóteses de uso privativo pelo proprietário do bem, ou, quando envolver o transporte de bens para revenda, à comprovação de vulnerabilidade.

Já a contratação de pacote turístico tem indubitável caráter de serviço de consumo, a cargo da operadora de viagens, valendo registrar o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça no REsp 43.650 - SP: "Código de Defesa do Consumidor. Tutela específica. Pacote turístico. Inadimplemento contratual. I - A tutela específica da obrigação deve ser de modo a que se realize na ordem prática o que foi contratado. Assim é que, descumprida a avença quanto à parte terrestre da excursão, impõe-se o fornecimento da passagem aérea, para o correto adimplemento do contrato. Inteligência do art. 84 do Código de Defesa do Consumidor"⁶⁰.

Encerrando, podemos mencionar precedentes dirigidos a contrato de seguro⁶¹, inclusive o firmado com caixa de previdência privada⁶².

6. CONCLUSÕES

Alfim destas linhas, cabe-nos sumariar os seguintes remates:

a) a fisionomia dos contratos, a partir do final do século passado, sofreu profunda transformação com a relativização da autonomia da vontade, em prol da justiça contratual, mudança que se aperfeiçoou nos últimos anos com o surgimento de disposições legais destinadas à tutela dos consumidores;

b) o nosso Código de Defesa do Consumidor conceitua o contemplado com suas normas, no seu art. 2º, *caput*, como aquele

internacional, chegou a admitir a aplicação, em detrimento do CDC, da Convenção de Varsóvia.

⁶⁰ 6ª T., ac. un., rel. Min. Costa Leite, LEX JSTJ/TRF 67/173.

⁶¹ STJ, 4ª T., ac. un., REsp 79.090 - SP, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJU de 29-04-96, p. 13.422.

⁶² STJ, 4ª T., ac. un., AGA 8.671 - RS, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJU de 20-05-96, p. 16.717.1

que adquire produto ou serviço como destinatário final, sem prejuízo de outras definições, tais como as contidas no seu parágrafo único (consumidor por equiparação), no seus arts. 17 e 29;

c) no campo contratual, a tutela desfechada pelo CDC se sustém basicamente em quatro princípios cardeais, atuando na formação e cumprimento da avença, quais sejam a transparência, a boa-fé, a equidade contratual e a confiança;

d) recorrendo sobre o alcance da proteção ao direito de contratar, contida pelo CDC, há duas correntes disputando primazia, representadas pela finalista, a enxergar na relação de consumo um ato jurídico entre um fornecedor e um terceiro que não atua com profissionalidade, e pelo pensamento maximalista, a reclamar apenas o ato objetivo de retirada do bem ou serviço do mercado, não importando se o adquirente ou utente vai utilizá-lo em benefício de sua atividade habitual;

e) nossa opinião baseia-se, em primeiro lugar, por caracterizar o consumidor, no mundo dos contratos, como querem os finalistas, embora aceite que, em alguns casos, possa o adquirente profissional comprovar a situação de vulnerabilidade (técnica, jurídica ou fática) em que se encontra e, por isso, poderá invocar, em seu prol, o CDC; independente dessa circunstância, concebemos tal faculdade de suplicar-se a proteção do CDC no que concerne aos princípios gerais positivados nos seus arts. 4º, III (boa-fé), art. 6º, V (revisão do pactuado) e 51, II, IV, X e XIII (proscrição do enriquecimento ilícito), cuja força imperativa se encontra desvinculada da sua presença em texto legal, sendo de observância em qualquer contrato, mesmo nos celebrados entre partes substancialmente equiparadas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. Os Direitos dos Consumidores. Coimbra: Livraria Almedina, 1982.

- ALPA, Guido. Tutela del Consumatore e Controlli sull'Impresa. La Nuova Scienza: Serie di Diritto. Bologna: Società Editrice Il Mulino.
- ALTERINI, Atilio Anibal. Bases para Armar la Teoria General del Contrato en el Derecho Moderno. Revista de Direito do Consumidor, (19):7-24.
- _____. Os Contratos de Consumo e as Cláusulas Abusivas. Revista de Direito do Consumidor, (15):5-19.
- ALVIM, Arruda. Cláusulas Abusivas e seu Controle no Direito Brasileiro. Revista de Direito do Consumidor, (20):25-70.
- AMARAL JÚNIOR, Alberto do in OLIVEIRA, Juarez de [coord.]. Comentários ao Código de Proteção ao Consumidor. São Paulo: Saraiva, 1991.
- _____. A Boa-fé e o Controle das Cláusulas Contratuais Abusivas nas Relações de Consumo. Revista de Direito Público, (6):27-33.
- _____. Proteção do consumidor no contrato de compra e venda. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.
- BENJAMIN, Antônio Herman V. O Conceito Jurídico de Consumidor. Revista dos Tribunais, São Paulo, (628):69-79, fev/1988.
- CALAIS-AULOY, Jean. Droit de la Consomation, deuxième édition. Paris: Ed. Dalloz, 1986.
- FILOMENO, José Geraldo Brito in: GRINOVER, Ada Pellegrini [et. al.]. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993.
- FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Cláusulas Abusivas. Revista de Direito do Consumidor, (16):52-52.
- KONDER COMPARATO, Fábio. A proteção do consumidor: importante capítulo do Direito Econômico. Revista de Direito Mercantil, (15/16):89-105.
- LIMA, João Batista de Souza. As Mais Antigas Normas de Direito. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

- LUCCA, Newton de. A Proteção Contratual no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, (5):74-88.
- MARINS, James. Proteção Contratual do CDC a Contratos Interempresariais, Inclusive Bancários. *Revista de Direito do Consumidor*, (18):94-104.
- MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.
- _____. Os contratos de crédito na legislação brasileira de proteção do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, (18):53-76.
- MUKAI, Toshio in: OLIVEIRA, Juarez de [coord.]. Comentários ao código de proteção ao consumidor. São Paulo: Saraiva, 1991.
- NERY JÚNIOR, Nelson in: GRINOVER, Ada Pellegrini [et. al.]. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993.
- OLIVA, Denise M. D. & FREITAS, Marcelo Victória de. Contratos de Prestação de Serviços Educacionais: Consumidor e Educador Buscando, em Conjunto, uma Leitura Jurídica da Questão. *Revista de Direito do Consumidor*, (14):72-87.
- PEREZ, Jesus Gonzalez. El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo. Madri: Editorial Civitas, 1989.
- TOMASETTI JÚNIOR, Alcides. Aspectos da Proteção Contratual do Consumidor no Mercado Imobiliário Urbano: Rejeição das Cláusulas Abusivas pelo Direito Comum. *Revista de Direito do Consumidor*, (2):52-66.
- WALD, Arnoldo. O Direito do Consumidor e suas Repercussões em Relação às Instituições Financeiras. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, (666): 7-17, abril/1991.